

*La acción pública de inconstitucionalidad como garantía del Estado constitucional en Colombia **

Daniel Eduardo Flórez Muñoz**

Recibido: agosto 2 de 2010

Aprobado: septiembre 21 de 2010

Resumen

El presente trabajo se encuentra dividido en tres partes: la primera constituye una aproximación analítica a las ideas centrales del constitucionalismo global, las cuales permiten el desarrollo de las corrientes denominadas neoconstitucionalistas, asociadas con la defensa de los principios del Estado constitucional, los derechos humanos y la democracia deliberativa. En la segunda parte describiremos brevemente las reacciones de algunos sectores de la judicatura y la doctrina frente al advenimiento de los renovados paradigmas constitucionales anteriormente descritos. Y finalmente defenderemos la tesis que considera la acción pública de inconstitucionalidad como mecanismo idóneo encaminado a la materialización de estas promesas, a partir de la construcción de vasos dialogantes entre sociedad, Estado y Constitución, y señalando la forma en la que esta acción ofrece mayores garantías materiales para la defensa de la supremacía constitucional frente a los mecanismos oficiosos en los que la ciudadanía tiene un rol menos protagónico.

Palabras Clave: Estado constitucional, Corte Constitucional, acción pública de inconstitucionalidad, democracia.

* El presente artículo constituye una versión resumida de la segunda parte del marco teórico de la investigación, "Los límites constitucionales de la democracia: Tribunal Constitucional, pueblo y Constitución", del cual el autor es investigador principal y la cual se encuentra presupuestada para Julio como fecha de finalización, se encuentra adscrita a la línea "Derecho y Sociedad" perteneciente al Grupo de Investigación de Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos, liderado por Yesid Carrillo de la Rosa.

** Estudiante de Derecho, Universidad de Cartagena. Coordinador del Grupo de Investigaciones de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional y del Grupo de Investigaciones Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos. Ha sido ponente en diversos Congresos Nacionales e Internacionales en temáticas de Filosofía del Derecho, Derecho Constitucional y Filosofía Política, y tiene publicaciones en revistas nacionales e internacionales y capítulos de libros en las materias referidas. daniel.florez@hotmail.es

Unconstitutionality Public Action as a Constitutional State Warranty in Colombia

Abstract

This article has been divided into three parts; first part is an analytical approach to main ideas of global constitutionalism, which allow development of trends commonly called neo-constitutionalist associated to defense of principles of the constitutional State, human rights, and deliberative democracy. Second part gives a brief description of reactions from some sectors of judicature and doctrine before advent of renewed constitutional paradigms formerly described. Third part shows a defense of a thesis dealing with unconstitutionality public action as a suitable mechanism focused on materialization of these promises from dialogs among society, State, and Constitution, finally this part indicates the way in which this action provides better material warranties for defending constitutional supremacy before mechanisms in which citizens have a less leading role.

Key words: Constitutional State, Constitutional Court, unconstitutionality public action, democracy.

Introducción

En América Latina, Colombia se proyecta como uno de los principales focos de producción de innovaciones jurídicas, asociadas con un tipo de activismo judicial progresista en materia de derechos sociales, económicos y culturales, así como con una abierta defensa de los principios y valores constitucionales, defensa principalmente emprendida por parte de una ciudadanía participativa y una Corte Constitucional orientada con los deberes de protección y garantías del Estado social de derecho. En este contexto resulta pertinente, realizar un breve análisis teórico de las bases de este activismo, ¿es un simple capricho de una judicatura comprometida? O por el contrario, ¿éste corresponde al modelo jurídico político adoptado en la carta de 1991?, y de ser así, ¿se requiere simplemente un número determinado de jueces activistas para que este nuevo orden jurídico político se materialice, o se requieren instituciones y mecanismos que permitan una participación más horizontal por parte de la comunidad política? ¿Cuál o cuáles son estos mecanismos?

Para desarrollar estas preguntas, que hacen alusión a las condiciones de posibilidad para que el Estado constitucional se desarrolle en el Estado colombiano, será necesario, inicialmente definir, en líneas generales, qué se entiende por Estado constitucional, conforme el desarrollo doctrinal enmarcado en el denominado constitucionalismo global, cuya expresión nacional la encontramos en la literatura denominada neoconstitucional.

La idea de Estado constitucional ha sido desarrollada principalmente para dar cabida dentro de los constantemente renovados criterios jurídicos a las nuevas demandas sociales y complejas realidades que desde distintas vertientes se elevan al derecho.

Una vez definido a grandes rasgos lo que implica la existencia del Estado Constitucional, habría que analizar la forma en la que éste fue adoptado en Colombia. La manera de evaluar o medir el nivel de incorporación de esta nueva forma de entender el derecho que adoptaremos en el presente trabajo es la que apunta a las distintas formas de "resistencia" que el *ancient regimen* proyecta contra la novedad heterodoxa. Con lo anterior se quiere decir que la forma para explorar cómo es que se logra incorporar dichas categorías jurídico políticas asociadas con el Estado Constitucional en Colombia, es necesario indagar la forma en la que algunos sectores de la doctrina nacional y de la judicatura pretendieron frenar a partir de la crítica o el menosprecio a la novedad teórica, reconstruyendo los principales debates y críticas al proyecto neoconstitucional en Colombia.

Una vez definido este punto del análisis, tendríamos que fijarnos en el instrumento que ha posibilitado una mejor incorporación de dichas categorías foráneas a nuestra tradición y cómo se ha venido comportando ésta en los últimos años; en este punto defenderemos la tesis que entiende la acción pública de inconstitucionalidad como el instrumento que posibilita el asentamiento del *ethos* constitucional del cual se nutre el denominado Estado constitucional y su modelo de democracia participativa.

El presente trabajo pretende –en síntesis– explicar los contornos del Estado constitucional y describir la forma en la que esta figura ha sido recibida críticamente por parte de algunos sectores de la judicatura y la doctrina nacional; y finalmente, a partir de un análisis descriptivo de la forma en la que ha venido operando la antigua acción pública de inconstitucional, explicar la profunda relación que existe entre esta y los niveles de construcción de ciudadanía participativa, además de su papel como catalizador de los valores necesarios para la plena formación de un Estado constitucional en Colombia. El trabajo toma como principales referentes, los

últimos desarrollos de la literatura neoconstitucional así como los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional colombiana.

1. *El Estado constitucional: entre la constitucionalización del derecho y el imperialismo constitucional*

La idea de Estado constitucional¹ ha sido desarrollada principalmente para dar cabida dentro de los constantemente renovados criterios jurídicos² a las nuevas demandas sociales y complejas realidades que desde distintas vertientes se elevan al derecho; esto, a su turno, no podía darse sin subvertir y revolucionar sus propias fuentes y materiales de inspiración. Este cambio copernicano en el mundo del derecho en la tradición continental impuso un papel renovado y mucho más dinámico al juez, ampliando el margen de su libertad y, por tanto, de su responsabilidad social y política (Cifuentes, 2006: xiii). El juez es hoy, más que nunca, una pieza fundamental dentro del proceso de democratización y respeto de las garantías de las libertades, tanto sociales como políticas de los asociados³. Esta

Las fuentes del derecho han sido flexibilizadas, procurando un derecho menos rígido y anacrónico y con miras a un mundo jurídico más constructivo, flexible y dinámico.

cualificación del rol del juez en las sociedades contemporáneas ha permitido pensar que si el siglo XIX fue el siglo de los parlamentos, y el siglo XX, el siglo de los presidencialismos, el siglo XXI será el siglo de la rama judicial (García y Santos, 2004, p. 96). Por lo tanto, el que un día fue el esclavo de la ley, hoy ha tenido que revolucionar sus propias condiciones de existencia en procura de garantizar de forma más eficaz y concreta los principios democráticos en las sociedades contemporáneas, pero en este proceso necesariamente ha tenido que dejar atrás viejas ataduras y descubrir nuevos horizontes en los cuales encontrar nuevas razones y nuevos fundamentos para sus decisiones.

Las fuentes del derecho han sido flexibilizadas, procurando un derecho menos rígido y anacrónico y con miras a un mundo jurídico más constructivo, flexible y dinámico. En el derecho constitucional, el cambio, en síntesis, puede resumirse en lo siguiente: junto al texto expreso de la Constitución, antaño fuente indisputable de todo el derecho constitucional, "hoy en día aparece el juez constitucional, a través de su jurisprudencia, como creador consciente de subreglas constitucionales⁴ y no simplemente como aplicador pasivo de los textos superiores" (López, 2006, p. xix). Todo este cúmulo de cambios y expectativas quedan condensados en la paradigmática frase del magistrado Ciro Angarita, cuando en ocasión de una acción de tutela

¹ El cual supone el agotamiento del paradigma del Estado social legislativo de derecho. Dicho cambio de paradigma se adecua a la celebre caracterización que Thomas Kuhn hace de los contextos de transición de paradigmas: "la proliferación de articulaciones en competencia, la disposición para ensayarlo todo, la expresión del descontento explícito, el recurso a la filosofía y el debate de los fundamentos". Especialmente los dos últimos los encontramos en la abundante literatura iuspublicista y iusfilosofica de la segunda posguerra. Respecto al concepto y evolución del Estado constitucional, ver especialmente: Häberle (2001) y Carbonell (2003). Una lectura radicalmente diferente que entiende al nacimiento de la idea del Estado moderno como acto de violencia sacrificial de necesaria renovación paradigmática, ver: Florez Muñoz (2009) y Moncayo (2004).

² La renovación constante del derecho constituye el principal elemento que permitiría a Teubner construir la teoría de la *autopoiesis del derecho*, la cual, desde la teoría de los sistemas entiende al derecho como un sistema que al interactuar con el macro sistema social, redefine constantemente sus propios elementos a partir del lenguaje intra-sistémico, es decir el lenguaje jurídico. Es decir, el derecho se crea a sí mismo a partir de su lenguaje y en respuesta de las necesidades y cambios del sistema social. En relación con la renovación de las categorías jurídicas y la *autopoiesis*, ver especialmente: Teubner (2000, pp. 94-143) y Habermas (2005, pp. 143-198).

³ En relación con el tránsito de la justicia distributiva de los poderes ejecutivo y legislativo al judicial, ver especialmente: García-Villegas y Santos (2004, p. 94), quienes exponen dicha

cualificación del pretor en los siguientes términos: "Confinados como estaban –los jueces– a la Administración de Justicia retributiva, tuvieron que aceptar como dados los patrones de Justicia Distributiva adoptados por los otros poderes. Fue así como la justicia retributiva se transformó en una cuestión de derecho mientras que la justicia distributiva pasó a ser una cuestión política".

⁴ Un riguroso intento de sistematización de las principales subreglas manejadas por la Corte Constitucional entre 1992 y 2004 se encuentran en: Olano (2005, pp. 390-475).

interpuesta por los vecinos del barrio Vista Hermosa en la ciudad de Cartagena, considera que: "Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquellos que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela"⁵; el poder de decir qué es el derecho implica el poder nominador de crear las restricciones o márgenes del poder político⁶; por lo tanto, toda teoría que pretenda hablar de un monopolio de fuentes deberá dar cuenta de las profundas raíces políticas de su posición.

El ardor con que se polemiza para conseguir el primer lugar de una u otra fuente jurídica indica ya que no se trata de una cuestión técnica: es el reflejo de una lucha de hondo sentido político, en la que se juega el predominio de una fuerza social respecto de las demás (López, 2006, p. xxi).

A partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1991, la jurisprudencia constitucional reclama un rol de verdadera fuente al interior del ordenamiento jurídico colombiano⁷, en virtud de que la nueva Carta representa el ingreso de Colombia al contexto de lo que Bruce Ackerman ha denominado el "*ascenso del constitucionalismo mundial*"⁸ (Ackerman, 1999) o nuevo constitucionalismo⁹,

caracterizado por la defensa activa de los derechos fundamentales¹⁰, una amplificación de las potestades de los jueces, especialmente de los tribunales constitucionales¹¹ y un pronunciado acento en el modelo argumentativo de aplicación del derecho¹². Todo esto, naturalmente, acompañado por el efecto irradiador de la Constitución en la totalidad del ordenamiento jurídico, redefiniendo la naturaleza misma de muchas de las ramas del derecho, que por su estirpe privatista pretendían evadir la totalitaria marcha del constitucionalismo contemporáneo. Aun el derecho civil¹³ y el derecho comercial deben encontrar sus anclas en los principios y valores constitucionalmente reconocidos, sin los cuales carecerían de fundamento jurídico y, por lo tanto, de vinculatoriedad; dicha tendencia ha permitido afirmar que después de la Constitución de 1991 —en la academia jurídica colombiana— nadie pueda considerarse especialista en una rama del derecho sin un mínimo manejo de la dogmática de los derechos fundamentales sobre la cual dicha rama jurídica reposa. El derecho constitucional, por lo tanto, es más que un simple referente: constituye todo un marco dentro del cual la totalidad de las

saber: 1. Reforma constitucional, 2. jurisprudencia progresista y 3. Renovación doctrinal. Personalmente tengo mis reservas de construir criterios de identidad entre el "nuevo derecho" que indiscutiblemente nace con la Constitución del 91 y la teoría neoconstitucionalista desarrollada principalmente por Nino, Dworkin, Alexy y Zagrebelsky, respetando lo heterogéneo del pensamiento de los juristas señalados, así como de los aportes del uno y del otro a la democracia en contextos de desigualdad y exclusión.

¹⁰ Al respecto ver: Alexy (2003) y (1993).

¹¹ Al respecto ver: Zagrebelsky (2006); Ferrajoli (2003).

¹² Al respecto ver: Garzón Valdez y Laporta (2000, pp. 231-266).

¹³ Es precisamente con un caso de derecho civil, con el cual empieza el proceso de constitucionalización del derecho en el mundo, y que está consagrado en Colombia en el art. 4 de la Carta Política. La constitucionalización del derecho se origina por primera vez en un fallo alemán del año 1958, el celebre *Caso Lüth*, en el cual, un productor de cine había celebrado un contrato de producción de una película con un director, sin conocer la temática de la misma. El director hace una película antisemita, y el productor se niega a producirla ya que viola la libertad y la honra del pueblo judío; el director lo demanda en virtud del contrato existente y el productor pierde en el tribunal, pero este último interpone un *recurso de amparo* ante el tribunal federal alemán el cual le concede la razón, aduciendo que el derecho civil debe entenderse de la mano de los derechos consagrados en la Ley Fundamental, quedando legitimado el productor para incumplir el contrato.

⁵ Sentencia T-406 de 1992. MP: Ciro Angarita Barón. Dicha expresión no da claridad de la postura iusfilosofica adoptada por la Corte Constitucional, ya que pudiera ser leída como defensa de un positivismo hartiano, del realismo jurídico norteamericano e inclusive de algunas teorías neoconstitucionalistas.

⁶ Desde una lectura sociológica, la lucha por las fuentes del derecho —o más bien la lucha *entre* las fuentes del derecho— constituye una batalla por la capacidad de imponer por la fuerza oficial, la visión que determinado sector de la sociedad tiene de la democracia, el Estado y la justicia. Por lo que constituye sin lugar a dudas un capital social nada despreciable. Al respecto ver: Bourdieu (2000, pp. 155-220) y (2001, pp. 165-225).

⁷ Acerca del papel de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico colombiano ver: Bernal (2005, pp. 193-244), (2007, pp. 373-428); López Medina (2006, pp. 73-174); (2007, pp. 429-474) y Olano (2005, pp. 475-488).

⁸ El cual comienza a definir sus rasgos con la Constitución Italiana (1947), La Ley Fundamental Alemana de 1949 y la Constitución española de 1978, siendo esta última la más profunda inspiración para el modelo constitucional actualmente vigente en Colombia.

⁹ Leonardo García Jaramillo (2008), con base en la teoría de Miguel Carbonell, identifica la Constitución de 1991 como el comienzo en Colombia del neoconstitucionalismo el cual vendría siendo evidenciado igualmente por la jurisprudencia constitucional y la renovación doctrinal, adoptando los criterios sugeridos por Carbonell como los "tres niveles de análisis", a

disciplinas jurídicas deben encontrar sus raíces si pretenden seguir conservando su rótulo; en pocas palabras, la constitucionalización del derecho, los desarrollos de la jurisprudencia constitucional y las competencias de los tribunales constitucionales han llevado al derecho constitucional contemporáneo a configurarse como el derecho por antonomasia.

Este nuevo derecho constitucional naciente¹⁴, en contraposición al constitucionalismo continental clásico, entiende la necesidad de ubicarse y responder históricamente a su propio tiempo, es decir, tomar conciencia de que esta nueva época supone la necesidad de que el derecho comprenda que se encuentra en un proceso dialógico con sujetos mediados por la historia y no abstracciones o entelequias de sujetos trascendentales, y sobre todo que su actuar humano se encuentra necesariamente enmarcado en el *aquí* y el *ahora*. Es por tal motivo que el derecho constitucional deja atrás aquella fetichizante legalidad constitucional propia del frío racionalismo normativo, para adentrarse en el camino de la hermenéutica jurídica, política y filosófica siempre en diálogo con las necesidades del constituyente primario. El orden jurídico-constitucional es ahora una forma de actualización de la voluntad popular al establecer, de esta forma, un camino hacia la temporalidad e historicidad de la Constitución que permita que ésta sea capaz de responder a las necesidades del momento histórico dado¹⁵ en la medida en que su propia textura deja la puerta abierta a la interpretación. Al respecto David Mercado considera que,

Siendo abiertas las normas fundamentales de la Constitución, sus textos son indeterminados e incompletos, inservibles para sustentar una doctrina sobre

su aplicación deducida directamente de los mismos por lo que necesitamos fundar o erigir una teoría interpretativa frente a los valores y principios que se establezcan como normas (Mercado, 2008, p. 170).

El nuevo constitucionalismo en Colombia significó, por lo tanto, el redescubrimiento de un nuevo lenguaje constitucional, en la medida en que los conceptos jurídicos indeterminados —a los que hace referencia David Mercado— evolucionaron prontamente en la forma de “principios jurídicos”, para terminar finalmente edificándose como derechos fundamentales. Estos últimos constituyeron el nacimiento de un nuevo campo dogmático para el estudio del derecho. Es así como la dogmática de los derechos fundamentales, alimentada principalmente por las obras de Robert Alexy (1993), quien movido profundamente por los problemas suscitados por Ronald Dworkin, pasa de los discursos genéricos de los filósofos del derecho a un discurso de nivel intermedio propio de los constitucionalistas, pero que sin duda alguna comenzaba ya a dar las claves más concretas en la utilización dogmática de los derechos fundamentales¹⁶ (López, 2009, p. 49).

Este “giro interpretativo” que ha tenido el derecho global¹⁷ —atribuido a los influyentes trabajos de Ronald Dworkin¹⁸— se ha mostrado como una nueva revuelta en contra de aquel formalismo profundamente emparentado con el “clasicismo jurídico”¹⁹, en la medida en que la palabra “interpretación” tendía a aparecer como una llave, para abrir aquel baúl que arcanamente había

¹⁴ En relación al desarrollo que ha tenido en el plano dogmático en Colombia ver especialmente: Alexey (2007), Cepeda (1993), y Sáchica (2000).

¹⁵ Resulta interesante para explicar este cambio, la expresión del profesor Oscar Guardiola (2009), cuando afirma del ingrediente crono-tópico, como elemento que permite entender el momento histórico-espacial concreto.

¹⁶ Véase al respecto: Alexy (1993) y en el mismo sentido los trabajos de Arango (2005) y Borowski (2003).

¹⁷ Un minucioso análisis de los procesos de globalización del derecho neoconstitucional de la mano de los procesos de apertura económica al libre cambio dentro del marco Neoliberal, puede consultarse en: Rodríguez (2009).

¹⁸ Un estudio detallado de las contribuciones de Dworkin a la teoría jurídica en relación con el “giro interpretativo”, puede encontrarse en, Stick (1986). De Ronald Dworkin, ver especialmente: (1984), (1988) y (2007).

¹⁹ El concepto de “clasicismo jurídico” ha sido críticamente desarrollado por el profesor Diego López Medina, en: (2004) y (2009, p. 47).

sellado el formalismo excluyendo de su visión del derecho los fines civilizatorios provenientes de la teoría política y moral. Comenta el profesor López Medina: “*más aún, el enfoque hermenéutico estaba ligado a una nueva concepción de las instituciones político-constitucionales en la que se prestaba fuerte atención a la determinación judicial de reglas o hechos —una “teoría judicialista del derecho”, si se quiere—*” y se levantaba en contra de aquella tradición jurídica que “desvalorizaba el papel del intérprete en la creación del derecho mediante el mito de la sabiduría del legislador y una férrea confianza en la soberanía política y en la corrección moral de los actos legislativos ordinarios²⁰” (López, 2009, p. 43).

Este resurgimiento del derecho Constitucional dentro del contexto social y político de los Estados contemporáneos trajo consigo el debate en relación con los nexos que existen y deben existir entre Constitución y sociedad en la medida en que el “*giro hermenéutico*” del derecho también permitió un giro político al interior de su contexto de aplicación, los cuales se evidenciaron en reformas institucionales muy definidas; en ese orden de ideas, comenta el profesor Diego López Medina,

(A)sí como en su momento la recepción de la obra de Hans Kelsen en la teoría del derecho apuntaba, uno de sus usos, a tener el efecto político de escudar la profesión y la judicatura de las incursiones politizantes del fascismo y el marxismo, la recepción del nuevo antiformalismo hermenéutico aupó en la región el proyecto de liberalización y constitucionalización de la vida como

vacuna o remedio frente a las enfermedades del autoritarismo y militarismo políticos, bendecidos en la región por los imperativos geopolíticos de la doctrina de seguridad nacional en el contexto de la Guerra Fría. La cepa de autores de la nueva teoría decepcionada del derecho —Hart, Dworkin, Rawls o Habermas— tienen claros compromisos con una versión de constitucionalismo liberal progresista y tolerante que ubican por encima de la voluntad legislativa coyuntural, así ella se exprese en leyes formalmente válidas. Ya que la voluntad legislativa tiene límites morales y políticos —límites constitucionales— (López, 2009, pp. 53-54).

Por tal razón vemos cómo esta nueva hermenéutica contribuyó enormemente en la recepción de un constitucionalismo global o, si se quiere, de una nueva ética, a saber, la *ética de los derechos constitucionales* —ahora directamente justiciables—. Es en este nuevo contexto jurídico-político donde los desarrollos de los tribunales constitucionales, sobre todo en materias económicas y políticas, suscitan fuertes críticas desde distintos sectores de la academia jurídica colombiana, señalando el amanecer del constitucionalismo contemporáneo como el anochecer de la democracia y el retorno a un modelo elitista de corte aristocrático en el cual la última palabra siempre la tendrá un grupo de selectos juristas aun cuando su decisión sea abiertamente contra-mayoritaria y por lo tanto —a su entender— antidemocrática. En ese sentido, la próxima parte del presente trabajo tendrá

El nuevo constitucionalismo en Colombia significó, por lo tanto, el redescubrimiento de un nuevo lenguaje constitucional, en la medida en que los conceptos jurídicos indeterminados —a los que hace referencia David Mercado— evolucionaron prontamente en la forma de “principios jurídicos”, para terminar finalmente edificándose como derechos fundamentales.

²⁰ Al respecto comenta López Medina, que esa férrea confianza en la soberanía política y en la corrección moral de las leyes hace referencia a la imagen mítica del legislador franco-latino-americano, la cual se construye a partir del contractualismo rousseauniano y en su típica confianza en la asamblea de ciudadanos como productores de normas legislativas (2004, p. 47). Sobre la influencia temprana del constitucionalismo inspirado en las ideas liberales de Rousseau en la Gran Colombia puede consultarse el libro del maestro Hernando Valencia Villa, *La Constitución de la Quimera: Rousseau y la república jacobina en pensamiento constitucional de Bolívar* (1982).

por objetivo exponer algunas de las reacciones que este nuevo derecho ha suscitado en algunos sectores de la comunidad jurídica colombiana.

2. *Nuevo derecho en Colombia: Entre la pesadilla y el noble sueño*

Esta nueva realidad constitucional y política supone la existencia de una estructura institucional y una cultura constitucional que permita el desarrollo de un modelo de democracia deliberativa posconvencional. En otras palabras, se requiere –en términos kantianos– de “*condiciones de posibilidad*” para que estas discusiones tengan asidero e implicaciones reales en el contexto nacional, pero muy a pesar de esta necesidad política y modernizadora, en la historia constitucional colombiana existe –utilizando las palabras de H. L. A. Hart–, lo que sería la reacción de pesadilla y la del noble sueño hacia este nuevo derecho en Colombia, suscitada especialmente en relación con el desarrollo dado por la Corte Constitucional a su jurisprudencia en materia de derechos fundamentales. Quien adecua brillantemente las categorías analíticas utilizadas por Hart, durante su publicitado debate con Ronald Dworkin, en su ensayo “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, al caso colombiano, es el maestro Carlos Bernal Pulido, que en la introducción del ya clásico libro de derecho constitucional, *El derecho de los derechos* (Bernal, 2005), rotula los distintos intentos por postergar o acallar los avances jurisprudenciales que ha tenido la Corte Constitucional, así como aquellos ubicados en la posición contraria, que ven en ésta desde su neoformalismo la tan esperada redentora de los desposeídos.

Para Hart, el problema de la jurisdicción constitucional, específicamente el de la naturaleza del razonamiento del juez constitucional (discrecional o aplicador imparcial) avizoraba una circunstancia que había suscitado dos reacciones contrapuestas en la doctrina:

La pesadilla (the Nightmare) y el noble sueño (the Noble Dream). Del lado de la pesadilla estaban quienes pregonaban el cataclismo de la concepción del juez, es decir, la imposibilidad de seguir considerándolo como una mera instancia de aplicación del derecho, que pudiera diferenciarse con facilidad del legislador. Parecía que el juez ya no solo aplicaba el derecho preexistente sino que también creara nuevo derecho en sus sentencias (Bernal, 2005, p.17).

En contraposición de esta visión ejemplificada en el realismo jurídico norteamericano y sus herederos neorrealistas los Critical Legal Studies²¹, encontramos la posición denominada del noble sueño, caracterizada por la insistencia en poder explicar y justificar el hecho de que el juez debiera aplicar el derecho preexistente y no crear un derecho nuevo, incluso cuando pareciera que las reglas que lo componen no pudiesen determinar el sentido de la decisión. Este enfoque rechazaba contundentemente la idea de que el intérprete decide y puede decidir los casos a su arbitrio o según su voluntad, cuando la norma aplicable es indeterminada, ejemplificada por Holmes y Dworkin entre otros.

Las dos variantes de reacciones en que se encuentra dividida la doctrina frente a la jurisprudencia norteamericana, según lo descrito por Hart, tienen sus respectivos “*pares*” en la academia jurídica colombiana en relación con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales.

Al respecto, señala Bernal Pulido que, tanto la pesadilla como el noble sueño han conocido en Colombia una variante pesimista y una interpretación optimista.

²¹ Acerca de los principales exponentes de esta corriente jurídica crítica y sus tesis, ver: García Villegas (2001, pp. 105-213) y Kennedy (1999). El principal exponente de esta sugestiva escuela es Duncan Kennedy, profesor de la Universidad de Harvard, quien en varios de sus escritos se ha ocupado de lo que denomino, los oscuros presupuestos ideológicos del derecho privado y la educación legal, ver especialmente: Kennedy (2000), (2001 A), (2001), (2002), (2003) y (2004).

La variante pesimista de la pesadilla en Colombia –comenta Bernal Pulido– ha estado representada principalmente por todos aquellos que han deplorado el desmoronamiento del formalismo legalista²² que, previo a la Constitución de 1991, campeaba en nuestro sistema jurídico, en el que los derechos exigibles y por tanto los únicos protegidos eran aquellos que el frío racionalismo normativo podía desprender del texto legislativo o de los actos administrativos. Esta variante de la pesadilla entiende el proceso de aplicación y desarrollo del texto constitucional, como un fenómeno de creación jurídica caracterizada por la imposibilidad del control, quedando el mismo únicamente sujeto al variante arbitrio de la Corte Constitucional.

La versión optimista de la pesadilla coincide en la constatación de que la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a la ley y frente a los demás actos del Estado y de los particulares otorga a la Corte Constitucional una competencia para crear derecho, que en ciertas dimensiones se asemeja al poder del congreso (Bernal, 2005: 18).

Lo que llama la atención de esta variante optimista de la pesadilla es que concibe el activismo judicial de la Corte Constitucional, como un mecanismo idóneo para lograr la transformación del derecho y del statu-quo, entendiendo el derecho antes que como un obstáculo para el cambio, como un instrumento destinado a la transformación de las estructuras sociales. En ese sentido este modo de entender la práctica constitucional presenta unas claras aproximaciones con el movimiento italiano denominado Uso Alternativo del Derecho.

Para el profesor Bernal, la visión del noble sueño también presenta en Colombia dos variantes, a saber: una optimista o positiva y otra pesimista;

²² En relación con la idea de formalismo jurídico en sus múltiples variantes, ver: Carrillo de la Rosa (2009); Bobbio (1991, pp. 11-37) y López (2006, pp. 265-316). Respecto a la recepción y desarrollo del formalismo jurídico en Colombia, ver: López (2004); (2006, pp. 3-28).

Esta nueva realidad constitucional y política supone la existencia de una estructura institucional y una cultura constitucional que permita el desarrollo de un modelo de democracia deliberativa posconvencional.

por una parte se encuentra la interpretación optimista del noble sueño, la cual en contraste directo con las dos variantes de la pesadilla, considera “que la aplicación de los derechos fundamentales, en ningún momento entrega al juez un margen de discrecionalidad que revista las magnitudes y produzca las consecuencias que amedrentan a quienes padecen la pesadilla” (Bernal, 2005, p. 19), en la medida en que la aplicación de los derechos fundamentales, supone un desafío teórico a la Corte Constitucional colombiana, en virtud de que la obliga a crear una teoría material de la Constitución, que posibilite la objetivización de una dogmática constitucional que permita entender los procesos de aplicación del texto constitucional, como un ejercicio racional-argumentativo antes que como un ejercicio político caracterizado por la discrecionalidad judicial.

... esta visión implica una mixtura de tres elementos que se sitúan al alcance de todo buen juez: una reconstrucción de los fundamentos políticos y morales de la Constitución, una visión coherente y consistente del ordenamiento jurídico y una conciencia acendrada acerca de las reglas de racionalidad que todo proceso argumentativo debe respetar (Bernal, 2005, pp. 19-20).

Al igual que la reacción de pesadilla, la reacción del noble sueño maneja una variante o versión pesimista, la cual resulta de una simbiosis entre los criterios de aproximación analítica, señalados en la variante positiva del noble sueño, usado por el juez constitucional a la hora de aplicar el texto constitucional; y el temor de que la materialización de la totalidad de los derechos

consagrados en la Carta Constitucional pueda poner en peligro las instituciones democráticas y el sistema en general.

Vemos, cómo el desarrollo del constitucionalismo contemporáneo en Colombia no ha sido pacífico, en la medida en que ha encontrado fuertes opositores, tanto en judicatura como en doctrina y en la práctica profesional; sin embargo, los adelantos realizados por la Corte en sus primeros años han brindado el fuego necesario para pensar en un futuro promisorio, en el cual los derechos consagrados en nuestra Carta Fundamental, más que ser ideales políticos serán realidades tangibles y exigibles judicialmente. Solo cabe preguntar: ¿cuál ha sido el rol del ciudadano en este modelo tan traumático para un sector de la judicatura y doctrina jurídica nacional? Para responder esta pregunta tomaremos como ejemplo una de las formas en las que el pueblo, actuando políticamente, garantiza la integridad del texto constitucional. Me refiero a la acción pública de inconstitucionalidad, contemplada en el numeral 6 del artículo 40 de la Carta Magna y veremos bajo qué principios podemos construir nexos de determinación entre la participación ciudadana y la defensa material de los derechos constitucionales.

3. *El pueblo en defensa de la Constitución: la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia*

Es en el contexto jurídico y académico anteriormente descrito desde donde comienza a gestarse en Colombia la normalización de los renovados criterios neo-constitucionales que no solo afectan las dinámicas propias de la pedagogía jurídica sino también el campo del desarrollo doctrinal y la práctica judicial en general. Dicha normalización supone entrar en sintonía con las exigencias del constitucionalismo global, el cual, entre otras, supone la existencia de un consenso en la apuesta hacia un modelo de democracia deliberativa, en el cual, "las decisiones políticas

están sujetadas al control popular pero en el que la deliberación y el intercambio de razones juegan un rol decisivo" (Sunstein, 1996, p. 7).

La tesis que defenderá el presente aparte sostiene que la acción pública de inconstitucionalidad, tal como es incorporada en Colombia mediante el acto legislativo 01 del año de 1910, al operar en el marco orgánico-institucional plasmado en la Carta de 1991 (creación de la Corte Constitucional colombiana), constituye un instrumento eficaz orientado hacia la socialización, en el tejido social, de una serie de valores y criterios de corrección de la función pública en general, que permitan entender al espacio público (ciudadanía) como un espacio determinante en la construcción del orden político y jurídico, dimensión que posibilita la construcción de una sociedad civil dirigida hacia la defensa del orden constitucional (*patriotismo constitucional*), lo cual —como se ha señalado anteriormente— potencia el desarrollo de las categorías jurídicas y políticas propias del Estado constitucional.

Al ser la Constitución un texto con vocación de permanencia en el tiempo, esta requiere —y como resultado de su carácter normativo—, que las disposiciones en ella contempladas gocen de un rango privilegiado y definitivo en el orden jurídico, y sobre todo, de mecanismos e instituciones que permitan su guarda y defensa. La acción pública de inconstitucionalidad hace parte del sistema jurídico colombiano desde su primera Constitución (1811) y ha permanecido casi sin interrupción (fue excluida en la Constitución colombiana de 1886); además, se ha desarrollado y adquirido nuevas dimensiones, en concordancia con la renovación doctrinal de la posguerra, la cual permitió a la doctrina iuspublicista transnacional dar el giro hacia la consolidación —a partir de Hans Kelsen y su modelo de controles— de la denominada *jurisdicción constitucional*.

En la construcción de mecanismos destinados a la garantía del texto constitucional en dicha

jurisdicción constitucional, sostenemos que la acción pública de inconstitucionalidad, tal como es entendida en el ordenamiento jurídico colombiano desde 1991, constituye la mejor garantía para la supremacía de la Carta, en la medida en que la injerencia de una ciudadanía activa y deliberativa, exige una mayor dimensión tanto en el rigor como en la argumentación destinadas a motivar las sentencias proferida por la Corte Constitucional. Para sostener tal planteamiento analizaremos la forma en la que la Corte ha procedido en las oportunidades en las que ha tenido que examinar la constitucionalidad de determinada disposición normativa de oficio, y cuando tal examen se deriva de la demanda instaurada a partir de la acción pública de inconstitucionalidad.

En ese orden de ideas, la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia (en adelante API) constituye, sin duda alguna, una herramienta eficaz de participación democrática efectiva. Precisamente su efectividad reside en el considerable aumento en su implementación por parte de los ciudadanos, así como en la exigencia que sobre los jueces dicha participación ciudadana implica –este cambio se evidencia cuando contrastamos la API con los controles oficiosos-. En nuestro estudio de la figura, primeramente, nos detendremos en el análisis dogmático y jurisprudencial de la misma, para luego pasar a analizar sus implicaciones, alcances y límites en el proceso de democratización de la Constitución Política o como elemento estructural en la construcción de una cultura constitucional como expresión a lo que –con Peter Häberle– venimos denominando Patriotismo Constitucional²³, en esta segunda parte del análisis fundamentaremos nuestras conclusiones y sugerencias en los estudios empíricos realizados por los profesores Helena Alviar, Esteban Hoyos y Nicolas Palau Van Hissenhoven (2004) en la Universidad Exter-

nado de Colombia²⁴, dando nuevos argumentos para coadyuvar sus conclusiones.

El control de constitucionalidad en los Estados modernos constituye una garantía básica dentro del Estado de derecho con el fin de hacer efectivo el principio de integridad y supremacía de la Constitución. El principio de prevalencia o supremacía de la Constitución se encuentra consagrado en su artículo 4, en los siguientes términos: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Al respecto, comenta el magistrado Ciro Angarita Barón en la sentencia T-006 de 1992, que la posición de supremacía de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico,

.. estriba en que aquélla determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto, funda el orden jurídico mismo del Estado. La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos –Congreso, Ejecutivo y jueces– se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como *lex superior* precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello “fuente de fuentes”, *norma normarum*. Estas caracte-

²³ En cuanto a la noción de patriotismo constitucional como garantía de una cohesión social posconvencional, ver especialmente: Habermas (2005)

²⁴ En su trabajo, los autores revisaron en total 3401 sentencias de constitucionalidad de las cuales 2921 correspondieron a acciones públicas. Dicha revisión se efectuó desde 1992 hasta marzo de 2004. Al interior de mi investigación en relación a la figura, fue este el estudio más riguroso y actual de la misma, por tal motivo lo tomo como criterio de referencia principal en la construcción del presente aparte del artículo.

rísticas de *supremacía* y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico, propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4 (Corte Constitucional, Sentencia T-006 de 1992, 1992).

La Constitución Política consagra, en forma expresa, el derecho que tiene todo ciudadano de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley²⁵, como una derivación del derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político; de la misma forma, la Carta señala los distintos instrumentos o acciones que se pueden ejercitar contra los actos jurídicos que atenten contra sus preceptos y principios, a saber: la API²⁶, la acción de nulidad por inconstitucionalidad²⁷, la acción de tutela²⁸ y, aunque no es considerada como una acción, también se puede incluir aquí la excepción de inconstitucionalidad²⁹, como

²⁵ Numeral 6 del artículo 40 de la Constitución Política de Colombia.

²⁶ Artículo 241 y ss. de la Constitución Política de Colombia.

²⁷ Numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política de Colombia.

²⁸ Artículo 86 de la Constitución Política de Colombia.

²⁹ La Corte constitucional, en varias oportunidades, ha definido los márgenes que separan el control de constitucionalidad por vía de acción de aquel que es realizado por vía de excepción. En la sentencia C-600 de 1998, el magistrado ponente José G. Hernández, señala: "ha de resaltar la Corte la diferencia existente entre las instituciones del control de constitucionalidad en abstracto —a cargo de esta Corporación (art. 241 C.P.) y residualmente del Consejo de Estado cuando se trata de decretos presidenciales de puro carácter administrativo (art. 237-2 C.P.)— y el control de constitucionalidad concreto y difuso que tiene lugar en desarrollo del artículo 4 de la Carta cuando, en el momento de aplicar una norma legal o de inferior jerarquía, se advierte su ostensible e indudable oposición (incompatibilidad) a mandatos constitucionales.

La Corte Constitucional, en lo que hace a las normas sometidas a su examen, define, con la fuerza de la cosa juzgada constitucional (art. 243 C.P.), su exequibilidad o inexequibilidad, total o parcial, con efectos *erga omnes* y con carácter obligatorio general, oponible a todas las personas y a las autoridades públicas, sin excepción alguna.

El Consejo de Estado, también con carácter general, ante el ejercicio de acciones de nulidad por inconstitucionalidad, decide si están llamadas a prosperar las pretensiones de los accionantes, y en caso afirmativo anula el acto administrativo correspondiente, retirándolo del ordenamiento jurídico.

En cambio, la hipótesis del artículo 4 de la Constitución parece justamente de la nota de la generalidad, puesto que la definición acerca de si existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco

un corolario del derecho a la supremacía de la Constitución³⁰.

Vemos cómo en Colombia es posible ejercer o aplicar el control de constitucionalidad, bien sea como excepción —también denominado difuso, en la medida en que es aplicable al caso concreto y la norma no se retira del ordenamiento sino que se inaplica— y por vía de acción —también denominado concentrado, dado que la norma examinada puede ser retirada definitivamente del ordenamiento—, de igual forma el Constituyente estipuló otros medios para garantizar la primacía de Constitución³¹, los cuales no serán objeto de este trabajo.

Como toda acción, la API³² goza de una serie de requisitos para su viable evaluación por parte de la Corte Constitucional, por lo que dicha acción exige que el ciudadano que ejerce la acción contra una norma determinada refiera con

jurídico preciso. Se habla entonces de un efecto *inter partes*, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso. Y la norma inaplicada no se afecta en su vigencia general, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata.

La excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en abstracto, ni puede significar la pérdida de vigencia o efectividad de la disposición sobre la cual recae, ni tampoco se constituye, dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso para decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también estén gobernados por aquélla."

³⁰ Es necesario aclarar que estas no son éstas las únicas vías que existen para ejercer el control constitucional, al respecto comenta el magistrado Carlos Gaviria D. en la sentencia C-560 de 1999, como en el ordenamiento colombiano también se establecen otras formas de garantizar la supremacía constitucional, por ejemplo, "la revisión automática u oficiosa de determinados decretos y leyes (art. 241 C.P.) que corresponde ejercer a la Corte Constitucional; el examen de las objeciones presidenciales a cargo de esa misma corporación cuando han sido rechazadas por las Cámaras Legislativas (art. 167); y el que realizan los Tribunales Administrativos cuando deben resolver las objeciones que, por motivos de inconstitucionalidad, presentan los Gobernadores contra los proyectos de Ordenanzas dictadas por las Asambleas Departamentales, y cuando deciden sobre la constitucionalidad de los actos de los Concejos Municipales, de los Alcaldes (art. 305-9-10 C.P.) y, en general de todos los actos de la autoridades departamentales y municipales. Como también en los casos a que alude la ley que regula las instituciones y los mecanismos de participación ciudadana."

³¹ Ver, pie de página 55.

³² Es preciso anotar, que la Acción Pública de Inconstitucionalidad ingresa al ordenamiento jurídico colombiano, a través del Acto Legislativo de la República de Colombia 03 de 1910, artículo 41.

claridad y precisión el objeto que se demanda, el concepto de la violación y la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto en cuestión. De lo contrario, la demanda será considerada como inepta.

Para Helena Alviar, la API puede ser entendida como el

... derecho político que la Constitución, en su numeral 6, artículo 40 concede a cualquier ciudadano para acusar ante la Corte Constitucional, como violatorios de una o varias disposiciones constitucionales, las leyes, decretos y actos contemplados en el artículo 241 (num. 1, 4 y 5) de la Constitución, con el fin de obtener una sentencia que decida de manera definitiva y con efectos *erga omnes* sobre la permanencia o exclusión de la norma del ordenamiento jurídico (Alviar, 2004, pp. 480-481).

Recordemos que a parte del derecho político que nos permite acusar ante la Corte Constitucional la exequibilidad de una disposición, los ciudadanos también pueden, en conformidad al numeral 1 del artículo 242 de la Constitución Política: "Intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros", por lo que el papel o calidad de participante al interior del proceso hermético de dar sentido y garantizar el texto constitucional no se limita tan solo al accionante de la API. Continuando con el estudio de dicha acción, esta solo puede ser promovida contra los actos reformativos de la Constitución (únicamente por vicios de procedimiento)³³, contra las leyes (tanto de fondo como de forma)³⁴ y contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno³⁵ (por su contenido y forma)³⁶. Al tratarse de asuntos de

Al ser la Constitución un texto con vocación de permanencia en el tiempo, esta requiere –y como resultado de su carácter normativo–, que las disposiciones en ella contempladas gocen de un rango privilegiado y definitivo en el orden jurídico, y sobre todo, de mecanismos e instituciones que permitan su guarda y defensa.

forma, o vicios en el trámite de la disposición acusada, la API deberá siempre presentarse dentro del término del año siguiente a su publicación³⁷; si, por el contrario, se tratase de cargos sobre materiales (que recaen sobre el fondo de la norma), la acción no tendrá caducidad alguna.

Los estudios de la profesora Alviar, a partir de la aproximación comparativa entre las sentencias que se revisan automáticamente³⁸ y las que requieren un accionante, tienen el propósito de resaltar el que la "participación ciudadana exige un examen riguroso de los derechos individuales y un control constitucional de fondo, mientras que la ausencia de la participación ciudadana se traduce en un control constitucional sobre aspectos de forma" (Alviar, 2004, p. 486). El estudio se centra en la comparación con dos clases de control oficioso: el realizado por la Corte a los tratados internacionales y los realizados a las leyes estatutarias; esto en razón a que se consagren los dos extremos de los modelos de revisión constitucional y de esta forma concentren la caracterización intermedia del sistema colombiano, en la medida en que la revisión de tratados internacionales posibilita la participación ciudadana (excepcionalmente

³³ Numeral 1 del artículo 241 de la Constitución Política de Colombia.

³⁴ Numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política de Colombia.

³⁵ Con fundamento en el artículo 341 y 150 numeral 10 de la Constitución Política de Colombia.

³⁶ Numeral 5 del artículo 241 de la Constitución Política de Colombia.

³⁷ Numeral 3 del artículo 242 de la Constitución Política de Colombia.

³⁸ En conformidad al artículo 241 de la Constitución Política, la revisión automática procede sobre: 1. La convocatoria a un referendo o asamblea constituyente para reformas la Constitución, 2. Los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional, 3. Decretos legislativos que dicte el gobierno, 4. los proyectos de ley objetados por el Gobierno y los proyectos de Leyes estatutarias, y por último, 5. los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben.

ejercida), y la revisión de leyes estatutarias es un ejemplo del ejercicio de frenos y contrapesos entre dos ramas del poder, a saber, la legislativa y la judicial³⁹.

En relación con las sentencias que revisan los tratados internacionales (1.683 en total)⁴⁰ el 94% de los Tratados estudiados por la Corte, fueron declarados exequibles, el 3% declarados inexecutable y el 3% restante declarados parcialmente exequibles. La profesora Alviar anota que durante el 2000 y el 2001, hubo 57 revisiones automáticas de leyes aprobatorias de tratados internacionales; de estas, sólo 3 declararon la inconstitucionalidad de una norma, siempre por vicios de forma (falta de publicidad de la ponencia en la Gaceta Judicial, omisión de artículos en el curso de deliberación); este entre otros ejemplos, evidencian que el control de la Corte sobre los tratados internacionales se concentra principalmente en los vicios de forma más que en las fallas materiales que comprometan la constitucionalidad misma de los tratados.

Esto permite a la profesora Alviar, comentar que “en términos generales la Corte es complaciente con los tratados internacionales: su revisión material parece menos rigurosa y a medida que pasan los años, esta tendencia proteccionista del derecho internacional parece reforzarse” (Alviar, 2004, p. 487), y concluye afirmando que las sentencias provenientes de una revisión automática de constitucionalidad “no tienen participación ciudadana y como tal, persiguen fines institucionales distintos, que hacen que el examen de constitucionalidad sea débil” (Alviar, p. 489).

En efecto, una participación activa por parte de la ciudadanía en los procesos constitucionales obedece –en la mayoría de los casos– a

modelos institucionales que pretenden ofrecer garantías poderosas hacia los derechos fundamentales, mientras que un modelo institucional cerrado –por utilizar la expresión de Häberle–, se centrará a dirimir los conflictos y disputas entre las distintas ramas del poder público, por lo cual no tendrá espacio para que el ciudadano participe directamente. Esta es la razón por la que un control judicial en el cual la ciudadanía participa velando por la protección judicial de sus propios derechos debe siempre garantizar un estudio de fondo y riguroso de las disposiciones que los afectan; mientras que un control judicial que dirime los conflictos entre ramas y en el cual la ciudadanía no puede participar “tiende a desarrollarse basado fundamentalmente en argumentos de procedimiento más que de contenido” (Alviar, 2004, 488).

En el caso de las leyes estatutarias, son realmente sorprendentes los resultados de la investigación en la medida en que parecería que los resultados contrariaran las conclusiones del primer análisis, en virtud que ha habido en total 15 proyectos de ley estatutaria revisados de oficio por la Corte Constitucional, a todos los cuales se les ha hecho un minucioso análisis material que ha dejado como resultado artículos inexecutable, frases dentro de artículos inexecutable, interpretaciones condicionadas, etc.

Esto puede entenderse como el resultado de lo que la autora denomina participación ciudadana indirecta, dado que, si bien la Constitución no prevé la posibilidad de que los ciudadanos intervengan en el examen de leyes estatutarias, resulta notorio que este tipo de leyes,

Debido a la trascendencia de sus temas –derecho y deberes fundamentales de las personas, y los procedimientos y recursos para su protección; Administración de Justicia; organización y régimen de partidos y movimientos políticos; instituciones y mecanismos de participación ciudadana y estados de excepción–, se ha caracterizado por un

³⁹ No resulta sorpresa por lo tanto que la acción pública de inconstitucionalidad tenga sus fuentes teóricas en el modelo norteamericano de protección de derechos, mientras que la revisión oficiosa o automática de normas se basa primordialmente en el modelo francés de solución de conflictos entre ramas.

⁴⁰ La totalidad de las cifras analizadas en el presente aparte obedecen a la misma fuente: (Alviar, 2004).

amplio debate en la opinión pública, lo cual debe entenderse como una forma de participación ciudadana en el proceso (Alviar, 2004: 492).

En conclusión, debemos entender que los procesos de democratización del derecho, a través de la apertura de la *curia* jurídica a la sociedad civil deliberante y actuante, es un compromiso con la democracia y la Constitución; no es sorpresa, por lo tanto, que las conclusiones de la investigación someramente reseñada, supongan el reconocimiento de la forma en la que la ciudadanía ha venido apropiándose del ejercicio del derecho político que supone la acción pública de inconstitucionalidad.

Desde 1992 hasta marzo de 2004, se han fallado 2.921 acciones públicas de inconstitucionalidad. Sin embargo, paralelamente al aumento en su utilización por parte de la ciudadanía, la Corte ha ido definiendo los criterios exigidos para entrar a estudiar a fondo una acción pública de inconstitucionalidad y con el paso de los años, ha sido más exigente en el estudio de las acciones públicas de inconstitucionalidad. En consecuencia, en los últimos años ha aumentado el número de fallos inhibitorios, bien sea porque la Corte se declaró inhibida para fallar o porque la constitucionalidad de la norma ya había sido estudiada (Alviar, 2004, p. 493).

Y agrega,

Existe una diferencia importante en el examen de constitucionalidad de las normas dependiendo de si la ciudadanía puede o no participar en el proceso. Como resultado de esta investigación vemos que, en general, el examen de los tratados carece de intervención ciudadana y habitualmente, termina declarando fácilmente la exequibilidad del tratado al tener como objetivo principal controlar los conflictos de poder entre las ramas; los raros casos de inexequibilidad material de un tratado obedecen en cambio a decisiones de la Corte cuyo objetivo

es la protección de los derechos fundamentales. En estos casos excepcionales se presenta la intervención ciudadana y como consecuencia hay un examen más riguroso del contenido material de las normas.

La presión política que pesa sobre las leyes estatutarias explica que el examen de estas leyes sea más riguroso respecto del realizado sobre los tratados internacionales. (Alviar, 2004, p. 493).

En virtud de lo expuesto hasta el momento, podemos concluir que es la participación ciudadana –bien sea directa o indirecta– la que determina la prevalencia o preponderancia de ciertos objetivos de diseño institucional sobre otros, razón por la cual el sistema debe procurar evolucionar hacia formas flexibles de deliberación popular y de participación de la sociedad civil en los procesos constitucionales –naturalmente dentro del marco de los derechos y deberes reconocidos como fundamentales– para que de esta forma la Constitución y la cultura de los derechos se filtren cada vez más el tejido social y contribuyan a permitirnos superar las anacrónicas estructuras políticas de corte clientelista y autoritario, propias de la colonia⁴¹ que someten nuestro proyecto de democracia a populismos contingentes y movilizan a la sociedad civil en contra de sus propias posibilidades de liberación y reconocimiento. En ese sentido, la mejor forma de garantizar la supremacía constitucional y la estabilidad institucional que se desprende de la misma es precisamente democratizar cada vez más la interpretación constitucional, sacar la Constitución de las Cortes y contribuir en la construcción de una sociedad civil que entienda que en últimas la defensa del orden social (jurídico, político y económico) no depende únicamente, bien sea, de un neo-presidencialismo exacerbado –posición que pareciere adoptar un amplio sector de la doctrina– o de un modelo

⁴¹ Un análisis de los anacronismos en la construcción del derecho moderno en Colombia, ejemplificado en ineficacia jurídica, autoritarismo, pluralismo jurídico y clientelismo entre otras patologías socio-jurídicas, en: Flórez (2009).

aristocrático de guarda platónico, confiriendo a nueve magistrados la enorme responsabilidad que supone la definición de los contenidos y límites del texto constitucional⁴².

Al fin y al cabo de lo que se trata es de abrir la Constitución a sus intérpretes sociales y convocar las opiniones y realidades de los ciudadanos del común, grupos civiles, órganos estatales y opinión pública en general, en la medida en que como experimentadores del derecho son también "fuerza productiva interpretadora", de lo que se trata si se quiere, es de una

Democratización de la interpretación constitucional, de cómo la teoría de la interpretación tiene ante todo que asegurarse en forma teórico-democrática y viceversa. No existe interpretación alguna de la Constitución sin la mencionada participación del ciudadano activo y de las potencialidades públicas.

Todo el que viva en y con las circunstancias de hecho reguladas por la norma es intérprete indirecto y, dado el caso, también intérprete directo de la norma. El destinatario de las normas toma parte del suceso de interpretación con mayor

Al fin y al cabo de lo que se trata es de abrir la Constitución a sus intérpretes sociales y convocar las opiniones y realidades de los ciudadanos...

intensidad de lo que de ordinario se admite. Puesto que no son sólo los intérpretes constitucionales los que viven las normas, no son ellos los únicos intérpretes, ni siquiera los más importantes (Häberle, 2002b, pp. 113-114).

4. Conclusiones

La cuestión que sigue del planteamiento que implica la potenciación de las tareas públicas del ciudadano no limita su actuar político al proceso electoral y legislativo (iniciativa popular), sino que llega más allá, en la medida en que, gracias a su vigilancia, puede ser el titular de un control jurídico, le es posible participar en la anulación o invalidación de la Ley, que en su momento y a través de su actuar político (representación en el parlamento) ha podido contribuir a formar; a pesar de esto, cabe todavía preguntarse —con Maria Luisa Rodríguez (2000, p. 231)— ¿Cómo es que una acción individual puede echar por la borda la manifestación de la mayoría representada en el Congreso, que a su vez a sido discutida y aprobada con el respeto de los procedimientos democráticos y mayoritarios?, ¿Cómo es que en aras de un discurso democrático se elimina la obra misma de la democracia?, o si se quiere, ¿Cómo es que por esta acción se enfrenta la Ley como representación de un interés colectivo contra un interés individual?. Naturalmente la respuesta a ambas preguntas ameritaría un nuevo trabajo, pero tengo la claridad que dichas respuestas solo puede encontrarse al interior de la teoría de la democracia. Como vemos, democracia y Constitución así como derecho constitucional y filosofía política se encuentran profundamente vinculados, así pues, ¡QUIEN PREFIERA NO HABLAR DE DEMOCRACIA, DEBERÁ CALLAR CUANDO SE HABLE DE DERECHO CONSTITUCIONAL!

⁴² Los argumentos destinados a una interpretación constitucional más democrática y de sacar la Constitución de las Cortes son, en líneas generales, los principios bajo los cuales se orienta la producción doctrinal de una de las corrientes de pensamiento constitucional más influyentes en norteamericana, denominada *Popular Constitutionalism*, la cual encuentra sus más claros representantes en la obra de los profesores Kramer (2001), Tushnet (1999), Alexander y Solum (2005). Resulta importante señalar de qué modo, en relación al debate frente a la supremacía judicial para interpretar la Constitución, se revela la oposición entre dos cosmovisiones del constitucionalismo contemporáneo, a las que célebremente denominara concepciones "católica" o "protestante" de la Constitución. Conforme a la primera, la tarea interpretativa es vista como "provincia exclusiva" del poder judicial, mientras que la segunda considera la interpretación como una tarea difundida de modo igual entre todos los ciudadanos, estando el constitucionalismo popular llamado en la defensa de esta última. Por lo tanto, de lo que se trata es de reservar un papel fundamental a la llamada "interpretación extrajudicial" de la Constitución, por parte de los actores sociales y la sociedad civil como tal. Sin duda alguna la existencia de la acción pública de inconstitucionalidad si bien no cuestiona directamente la supremacía judicial, sí supone un efectivo control —como se señaló— de los procesos de hermenéutica constitucional adelantados por las Cortes, haciéndolos más exigentes y en ese sentido contribuyendo a la garantía y el respeto de la institucionalidad estatal.

Referencias bibliográficas

- Ackerman, B. (1999). *La política del diálogo liberal*. Barcelona: Gedisa.
- Alexander, L & Solum, L. (2005). "Book Review: Popular? Constitutionalism?". En: *Havard Law Review*, 118, pp. 1594-1640.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alviar, H. (2007). Usos y límites de la acción pública de inconstitucionalidad. En: Alexey, J. (Ed.) *Teoría constitucional y políticas públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2007). La fuerza vinculante del precedente en el orden jurídico colombiano. En: Alexey, J. (Ed.) *Teoría constitucional y políticas públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (1991). *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Bourdieu, P. (2000). *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Uniandes.
- Boerdieu, P. (2001). *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Desclee Brouwer.
- Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Carbonell, M. (2003) *Neoconsitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta.
- Carrillo, Y. (2005). La democracia constitucional y el control racional al ejercicio del poder (aproximación al caso colombiano). *Revista Cultural UniLibre*, 4, pp. 76-101.
- Carrillo, Y. (2009). *Temas y problemas de la filosofía del derecho*. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley.
- Cepeda, M. (1993). *Introducción a la Constitución de 1991: Hacia un nuevo constitucionalismo*. Bogotá: Consejería para el Desarrollo de la Constitución.
- Cifuentes, E. (2006). Prólogo a segunda edición. En: López, D. *El Derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Dworkin, R. (1988). *Imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Dworkin, R. (2007). ¿Deben nuestros jueces ser filósofos?, ¿pueden ser filósofos? *Estudios de Derecho*, 144, pp. 16-36.
- Flórez, D. (2009). La enfermedad del contrato social. Ponencia presentada en el I *Congreso Internacional de Filosofía Política*. Táchira, Venezuela. Texto sin publicación.
- Flórez, D. (2009). Anacronismos coloniales en la construcción del derecho moderno en Colombia. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 12, pp. 301-327.
- García, L. (2008). El nuevo derecho en Colombia. ¿Entelequia innecesaria o novedad pertinente? *Revista de Derecho*, Junio, 29, pp. 289-330.
- García, M. (2001). *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en los Estados Unidos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- García, M. & Santos, B. (2004). *El calidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Siglo del Hombre-Universidad de los Andes-Universidad de Coimbra.
- Garzón, E. & Laporta, F. (2000). *Derecho y justicia*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (2005). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Häberle, P. (2001). *El Estado constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Julio, A. (2007). *Teoría constitucional y políticas públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kennedy, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – UniAndes.
- Kennedy, D. (2000). Educación legal como preparación para la jerarquía. En: Courtis, C. (Comp). *Desde la otra mirada*. (María Luisa Piqué & Cristian Courtis, Trad). Buenos Aires: Eudeba.
- Kennedy, D. (2001). Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado. En: M. García, (Ed.), *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en los Estados Unidos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Kennedy, D. (2001). Legal Formalism. En: *The International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*. Madison: Routledge.
- Kennedy, D. (2002). The Critique of Rights in Critical Legal Studies. En Brown & Halley (Eds.) *Left Legalism / Left Critique*. Durham: Duke University Press.

- Kennedy, D. (2003). Prologo. En: López, D. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis.
- Kennedy, D. (2004). The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought, *Hastings Law Journal*, 55, pp. 1031-1076.
- Kramer, L. (2001). *The Supreme Court, 2000 Term-Foreword: We the Court*, 115. Boston: Harvard University Press 4.
- López, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- López, D. (2007). Desarrollos recientes de la doctrina del precedente judicial en Colombia. En: ALEXEY, J. (Coor.). *Teoría constitucional y políticas públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- López, D. (2009). ¿Por qué hablar de una teoría Impura del derecho para América Latina? En: Bonilla, D. (Coord.). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Uniandes-Siglo del Hombre-Universidad Javeriana.
- Mercado, D. (2008). *Manual de teoría constitucional*. Bogotá: Quito Editores.
- Moncayo, V. (2004). *El Leviatán derrotado*. Bogotá: Norma.
- Olano, H. (2005). *Interpretación y dogmática constitucional*. Pról. Néstor Pedro Sagüés. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Reino de España. (1978). Constitución de 1978. Reino de España.
- República de Colombia. (1910). *Acto legislativo 01 de 1910*. Colombia.
- República de Colombia. (1991). Constitución Política de 1991. Colombia.
- República de Colombia. Corte Constitucional (1992). Sentencia T-006 de 1992. Colombia.
- República de Colombia. Corte Constitucional (1992). Sentencia T-406 de 1992. Colombia.
- República de Colombia. Corte Constitucional (1998). Sentencia C-600 de 1998. Colombia.
- República de Colombia. Corte Constitucional (1999). Sentencia C-560 de 1999. Colombia.
- República Federal de Alemania. (1949). Ley fundamental de 1949. República Federal de Alemania.
- Rodriguez, C. (2009). *La Globalización del Estado de Derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Rodríguez, M. (2000). La dificultad contra-mayoritaria en el caso colombiano. Acción pública de inconstitucionalidad y democracia participativa, *Revista de Derecho del Estado*, 8, pp. 213-253.
- Sachica, L. (2000). *Nuevo Constitucionalismo Colombiano*. Bogotá: Temis.
- Sunstein, C. (1996). Presentación. En: Gargarella, R. (Ed.). *Justicia frente al Gobierno*. Barcelona: Ariel.
- Stick, J. (1986). Literary Imperialism: Assessing the Result of Dworkin's Interpretative turn in Law's Empire, *UCLA Law Review*, N° 34, pp. 371-429.
- Teubner, G. (2000). Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno. En: Teubner, G. & Bourdieu, P. (Ed.). *La Fuerza del Derecho*. Bogotá: Uniandes-Universidad Javeriana-Siglo del Hombre.
- Tushnet, M. (1999). *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press.
- Valencia, H. (1982). *La Constitución de la quimera: Rousseau y la república jacobina en el pensamiento constitucional de Bolívar*. Bogotá: Caja de Herramientas.